

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Knoblauch

Beschluss und Urteil vom 3. Juli 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 25. April 2017 (FE160419-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 6/28 S. 2)

- "1. Dem Gesuchsteller sei rückwirkend ab 1. September 2016 für die Dauer des Scheidungsverfahrens ein monatlicher Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'180.– zuzusprechen.
2. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller den Esstisch und die dazugehörigen vier Stühle sowie seine persönlichen Kleider herauszugeben."

**Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 25. April 2017:**

(Urk. 6/58 = Urk. 2)

1. Es wird festgehalten, dass die Parteien seit dem 5. September 2016 und weiterhin auf unbestimmte Zeit getrennt leben.
2. Von der Vereinbarung der Parteien über vorsorgliche Massnahmen vom 7. September 2016 wird Vormerk genommen; sie lautet wie folgt:
 - " 1. **Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes**
Die Parteien stellen fest, seit 5. September 2016 getrennt zu leben.
 2. **Wohnung**
Der Ehemann überlässt der Ehefrau die eheliche Wohnung an der C._____-Strasse ... in ... Zürich zur Benützung. Den Wohnungsschlüssel hat der Gesuchsteller der Gesuchstellerin bereits übergeben.

Der Ehemann hat die Wohnung bereits verlassen.
 3. **Mobiliar und Hausrat**
Mobiliar und Hausrat bleiben in der ehelichen Wohnung. Der Ehemann hat seine persönlichen Effekten bereits mitgenommen. Er ist berechtigt, auch folgende Hausratsgegenstände mitzunehmen und für die Dauer des Getrenntlebens zu benützen:
 - Bücher
 - Fotos der Kinder
Die Ehefrau verpflichtet sich, dem Ehemann die vorgenannten Hausratsgegenstände auf erstes Verlangen herauszugeben.
 4. **Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Massnahmenverfahren**
Die Kosten werden zur Hauptsache geschlagen."

3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
- ab 1. September 2016 bis 30. Oktober 2016 CHF 2'122.– pro Monat
 - ab 1. November 2016 bis 31. Dezember 2016 CHF 607.– pro Monat
 - ab 1. Januar 2017 CHF 507.– pro Monat.

Die Unterhaltsbeiträge sind an den Gesuchsteller zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

4. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 3 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

- Einkommen Gesuchsteller:
 - bis 2017: CHF 612.–
(Viertels-Invalidenrente CHF 504.– zuzüglich französische Rente ca. CHF 108.– [EUR 98.50])
 - ab 2017: CHF 1'986.–
(AHV-Rente CHF 1'878.– zuzüglich französische Rente ca. CHF 108.– [EUR 98.50])
- Erwerbseinkommen Gesuchstellerin
(inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen):
 - bis 30. Oktober 2016: CHF 5'153.– (bei Erwerbstätigkeit von 100%)
 - ab 1. November 2016: CHF 3'607.– (bei Erwerbstätigkeit von 70%)
- Vermögen Gesuchsteller: kein erhebliches Barvermögen;
- Vermögen Gesuchstellerin: kein erhebliches Barvermögen;
- Bedarf Gesuchsteller: CHF 2'703.–;
- Bedarf Gesuchstellerin: CHF 3'000.– (bis 2017)
CHF 3'100.– (ab 2017).

Dem Gesuchsteller fehlt ab 1. November 2016 zur Deckung des gebührenden Unterhalts jeden Monat ein Betrag in der Höhe von CHF 110.– und ab 1. Januar 2017 ein solcher Betrag in der Höhe von CHF 210.–.

5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage Frist).

Berufungsantrag:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

Es seien Disp. Ziffern 3 und 4 der Verfügung vom 25. April 2017 aufzuheben und die Gesuchstellerin/Berufungsklägerin von jeglicher Zahlungspflicht zu befreien.

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien befinden sich seit Juni 2016 vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren (Urk. 6/1). Anlässlich der auf den 7. September 2016 angesetzten Verhandlung stellte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsteller) die eingangs wiedergegebenen Anträge um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 6/28 S. 2, Prot. I S. 3 ff.). Anlässlich dieser Verhandlung hielten die Parteien unter anderem ihre Parteivorträge zu den vorsorglichen Massnahmen und wurde eine Parteibefragung durchgeführt (vgl. Prot. I S. 13 ff.). Hinsichtlich des Getrenntlebens, der Zuteilung der ehelichen Wohnung sowie des Mobiliars und Hausrates konnte zwischen den Parteien gleichentags eine Einigung erzielt werden (Urk. 6/31, Prot. I S. 21). Nachdem im Nachgang an die Verhandlung neue Unterlagen eingegangen waren, setzte die Vorinstanz den Parteien Frist zur Stellungnahme (Urk. 6/50). Nach Eingang der entsprechenden Eingaben erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergebende Verfügung (Urk. 6/58 = Urk. 2). Für den übrigen Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 6/58 E. I = Urk. 2 E. I).

1.2 Gegen die Verfügung vom 25. April 2017 erhob die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 8. Mai 2017 rechtzeitig (Urk. 6/59/1) Berufung und stellte den oben angeführten Berufungsantrag (Urk. 1). Zusätzlich stellte sie das Gesuch, es sei ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen und ersuchte für das Berufungsverfahren darüber

hinaus um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Nachdem der Gesuchsteller zum Gesuch um aufschiebende Wirkung Stellung genommen hatte (Urk. 7), wurde der Berufung der Gesuchstellerin gegen Dispositivziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheids hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge bis 31. Mai 2017 die aufschiebende Wirkung erteilt. Im Übrigen, das heisst hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge ab 1. Juni 2017, wurde das Gesuch indessen abgewiesen (Urk. 8 S. 3). Dagegen erhob die Gesuchstellerin Beschwerde ans Bundesgericht, was der erkennenden Kammer mit Anzeige vom 26. Juni 2017 mitgeteilt wurde (vgl. Urk. 11 und 12). Da sich die Berufung – wie nachstehend zu zeigen sein wird – als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsentscheid kann gestützt auf die Akten ergehen (vgl. Art. 316 Abs. 1 ZPO).

2. Prozessuales

2.1 Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt dabei insofern eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, als dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; *OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015, E. 2.1*). Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren möglichen Fehlern forschen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 30 ff.; ZWR 2014 S. 270, S. 271 f.). Vielmehr muss der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er anfigt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Ist die Berufung überhaupt nicht oder zumindest völlig unzureichend begründet, hat dies

ein Nichteintreten zur Folge (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 38 mit weiteren Hinweisen).

2.2 Neue Tatsachen können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Der im Berufungsverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 272 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 138 III 788 E. 4.2).

3. Unterhaltsanspruch des Gesuchstellers

3.1 Streitgegenstand

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet der Ehegattenunterhalt. Die Vorinstanz bejahte den Unterhaltsanspruch des Gesuchstellers und verpflichtete die Gesuchstellerin, dem Gesuchsteller monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'122.– für September und Oktober 2016, von Fr. 607.– für November und Dezember 2016 und von Fr. 507.– seit 1. Januar 2017 zu bezahlen (Urk. 2, Dispositivziffer 3). Dagegen wehrt sich die Gesuchstellerin mit ihrer Berufung und beantragt die Befreiung von jeglicher Unterhaltspflicht. Dabei macht sie geltend, der Gesuchsteller könne seinen Bedarf selber decken (Urk. 1 S. 4 f.). Zudem wendet sie sich gegen den ihr von der Vorinstanz angerechneten Bedarf und macht geltend, selber unter dem Existenzminimum zu leben (Urk. 1 S. 8 Ziff. 8). Nicht gerügt werden dagegen das von der Vorinstanz festgestellte Einkommen der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 1 S. 6 Rz. 5.2) sowie der Bedarf des Gesuchstellers, mit Ausnahme der Position Billag (Urk. 1 S. 6 Ziff. 6).

3.2 Einkommen des Gesuchstellers

a) Die Vorinstanz ging seitens des Gesuchstellers bis 31. Dezember 2016 von einem monatlichen Einkommen von insgesamt Fr. 612.– aus, bestehend aus einer IV-Rente von Fr. 504.– (Viertels-Invalidenrente) sowie einer französischen Rente von umgerechnet Fr. 108.– (EUR 98.50 zu einem Kurs von € 1 = CHF 1.10). Ab 1. Januar 2017 rechnete sie dem Gesuchsteller ein monatliches Ein-

kommen von Fr. 1'986.– an, da er ab diesem Zeitpunkt eine AHV-Rente in der Höhe von Fr. 1'878.– beziehe und weiterhin die Pensionszahlung aus Frankreich erhalte (Fr. 1'986.– = Fr. 1'878.– + Fr. 108.–). Die Anrechnung hypothetischer Einkünfte sei rückwirkend nicht zulässig und künftig angesichts des Alters des Gesuchstellers von rund 64 Jahren nicht möglich. Einkünfte aus Vermögen seien weder behauptet noch glaubhaft gemacht worden (Urk. 2 E. B/5.1).

b) Die Gesuchstellerin wirft dem Gesuchsteller vor, keinerlei Anstrengungen vorweisen zu können, welche aufzeigen würden, dass er für seine Arbeitsfähigkeit im Umfang von 60% eine entsprechende Stelle zu finden versucht hätte. Sie habe zudem nachweisen können, dass der Gesuchsteller in Südfrankreich zusammen mit seinem Bruder anstrengende Maler- und Bauarbeiten vorgenommen habe (Urk. 1 S. 4 f. Ziff. 2). Sodann hält die Gesuchstellerin dem Gesuchsteller vor, Ersparnisse oder einen allfälligen Ersatz davon (mit dem Verweis auf die Liegenschaft in Frankreich) einfach brach liegen zu lassen (Urk. 1 S. 4 Ziff. 2).

c) Diese Ausführungen genügen den Anforderungen an eine Berufungsschrift nicht (vgl. vorstehend E. 2.1). Die Gesuchstellerin setzt sich mit keinem Wort mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander, welche zu Recht darlegte, dass eine rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens vorliegend unzulässig ist und dem Gesuchsteller aufgrund seines fortgeschrittenen Alters auch zukünftig kein solches angerechnet werden kann (Urk. 2 E. II/B.5.1). Sodann behauptet sie auch im Berufungsverfahren nicht bzw. jedenfalls nicht substantiiert, dass der Gesuchsteller über Einkünfte aus Vermögen verfüge. Der pauschal vorgenommene Vorwurf, er würde die Liegenschaft brach liegen lassen, reicht jedenfalls nicht aus. Ohnehin hätte die Gesuchstellerin aufzeigen müssen, dass und wo sie die massgeblichen Behauptungen vor Vorinstanz erhoben hat. Damit bleibt es beim von der Vorinstanz festgestellten Einkommen des Gesuchstellers.

3.3 Vermögensverzehr seitens des Gesuchstellers

a) Die Gesuchstellerin beanstandet, dass der Gesuchsteller nicht aufgefordert worden sei, zunächst von seinem Vermögen zu leben, welches er auf die Bank in Liechtenstein überwiesene respektive von dieser abgezogen habe und mit wel-

chem er das Haus in Frankreich erworben habe. Würde er noch über seine Ersparnisse verfügen, die zudem auch ihr gehörten, wäre er nicht auf Beiträge der Gesuchstellerin angewiesen (Urk. 1 S. 4 Ziff. 2). Der Gesuchsteller müsse zunächst selber dafür besorgt sein, mit eigenen Kräften zum Unterhalt beizutragen. Dies tue er aber nicht, wenn er Ersparnisse oder einen allfälligen Ersatz davon (die Liegenschaft in Frankreich) brach liegen lasse oder wenn er die Liegenschaft den Söhnen übertrage (Urk. 1 S. 4 Ziff. 2). Zudem habe sie davon ausgehen dürfen, dass die Krankentaggelder des früheren Arbeitgebers noch vorhanden seien. Nachdem die Vorinstanz selbst festgestellt habe, dass die Gesuchstellerin den Haushalt massgebend finanziert habe, müsse man sich im Ernst fragen, wie die früheren Krankentaggelder verwendet worden oder ob sie irgendwo investiert worden seien (Urk. 1 S. 5 Ziff. 4). Der Gesuchsteller habe sein Vermögen dem Gericht vorenthalten und behaupte gegenwärtig, über kein Vermögen zu verfügen (Urk. 1 S. 5 Ziff. 5.1)

b) Die Vorinstanz liess die Frage, ob der Gesuchsteller über Vermögen verfügt, offen (Urk. 2 E. B/5.1). Dies nachdem sie im Rahmen der rechtlichen Erwägungen ausgeführt hatte, dass der potentiell unterhaltsberechtigte Gesuchsteller erst dann auf den Verzehr (allfälliger) Vermögenswerte zu verweisen sei, wenn das Einkommen zur Deckung des Familienunterhaltes nicht ausreiche (Urk. 2 E. B/1). Mit ihren Ausführungen geht die Gesuchstellerin nicht auf diese vorinstanzlichen Erwägungen ein. Die vorinstanzlichen Erwägungen stehen aber im Einklang mit Rechtsprechung (BGE 134 III 581 E. 3.3; BGer 5P.173/2002 vom 29. Mai 2002, E. 5; BGE 114 II 18 E. 5; *OGer ZH LE120026 vom 03.09.2012, E. II/4.4*) und Literatur (vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2010, N 01.75 und 05.66; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 119; CHK-Zeiter, ZGB 163 N 6; BSK ZGB Hsenring/Kessler, Art. 163 N 28) und sind nicht zu beanstanden. Solange der Familienunterhalt mit dem Gesamteinkommen gedeckt werden kann, ist nicht auf die Vermögenssubstanz zu greifen. Vorliegend übersieht die Gesuchstellerin sodann, dass der Familienunterhalt gemäss der vorinstanzlichen Berechnung seit November 2016 nicht gedeckt werden kann, sondern in den Monaten November und Dezember 2016 vielmehr ein Manko von je Fr. 1'484.– bestand und ab Januar 2017 ein solches von monatlich Fr. 507.– besteht. Dieses Manko

trägt der Gesuchsteller (vgl. Urk. 2 E. II/B.8), womit er zumindest indirekt auf den Verzehr von allfälligem Vermögen verwiesen wird. Vor diesem Hintergrund ist denn auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die weitere Abklärung des Vermögens des Gesuchstellers nicht im summarischen Verfahren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen vornahm, sondern sich im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung mit dem Vermögen der Parteien auseinandersetzten wird (vgl. die diesbezügliche Kritik der Gesuchstellerin in Urk. 1 S. 5 Ziff. 4).

3.4 Bedarf der Gesuchstellerin

a) Hinsichtlich ihres Bedarfs bemängelt die Gesuchstellerin zunächst den ihr bis Ende 2016 angerechneten Grundbetrag im Umfang von monatlich Fr. 1'100.– und verlangt die Berücksichtigung des Betrages von Fr. 1'200.– (Urk. 1 S. 6 Ziff. 6.1).

Der einer Partei anzurechnende Grundbetrag richtet sich nach dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (zit.: Kreisschreiben). Die Vorinstanz wählte korrekterweise den Grundbetrag für einen in Haushaltgemeinschaft mit einer erwachsenen Person wohnenden alleinstehenden Schuldner (Kreisschreiben, Ziff. II/1.1), da der volljährige Sohn D._____ bis Ende 2016 bei ihr wohnte. Dass die Gesuchstellerin von D._____ keinen entsprechenden Beitrag einforderte, ändert daran nichts (vgl. die diesbezügliche Rüge der Gesuchstellerin in Urk. 1 S. 6 Ziff. 6.1). Dies insbesondere deshalb, da für ihre Haushaltskosten vorliegend ansonsten kein Abzug vorgenommen wurde (vgl. Kreisschreiben, Ziff. IV/2; Urk. 2 E. II/6) und D._____ unbestrittenermassen monatlich Fr. 5'500.– brutto verdient (vgl. Urk. 6/54 Ziff. 2).

b) Sodann kritisiert die Gesuchstellerin, dass ihr anstatt der beantragten Kosten für das Auto von monatlich Fr. 250.– lediglich ein Betrag von Fr. 164.– für die öffentlichen Verkehrsmittel angerechnet wurde. Hierzu macht sie im Berufungsverfahren unter Missachtung von Art. 317 Abs. 1 ZPO neu geltend, ihr Arbeitge-

ber habe bestätigt, dass sie auch Schichtarbeit leiste, und reicht hierzu ein Schreiben der Arbeitgeberin ein (Urk. 1 S. 6 Ziff. 6.8; Urk. 4/3).

Vor Vorinstanz führte die Gesuchstellerin dagegen lediglich aus, mit dem Auto viel Zeit einsparen zu können, dies auch bei der Verrichtung des Haushaltes (Urk. 6/29 S. 4). Sie sei auf den Personenwagen angewiesen (Prot. I S. 8). Die Vorinstanz hielt dem entgegen, dass sie den Arbeitsweg mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zurücklegen könne und die Benutzung eines Autos keine Zeitersparnis einbringe (Urk. 2 S. 12 Ziff. 8). Die Gesuchstellerin wohnt in Zürich und arbeitet in Schichtarbeit brachte sie im vorinstanzlichen Verfahren nicht als Grund für die Angewiesenheit auf das Auto vor, weshalb die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dass die Gesuchstellerin den Arbeitsweg mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zurücklegen kann. Da die Gesuchstellerin sodann mit keinem Wort darlegt, weshalb sie die Schichtarbeit nicht bereits vor Vorinstanz zur Begründung der Kompetenzqualität des Autos aufgeführt hat, ist sie mit dieser Behauptung im Berufungsverfahren nicht zu hören. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Gesuchstellerin lediglich Kosten für die Benützung des öffentlichen Verkehrs im Bedarf berücksichtigt hat.

c) In Bezug auf den von der Vorinstanz nicht angerechneten Betrag für Steuern erklärt die Gesuchstellerin, die von der Vorinstanz dargelegte Praxis, wonach laufende Steuern bei Mankofällen nicht berücksichtigt würden, zu kennen. Nun bestehe aber eine Steuerrechnung aus dem Jahr 2015, für welche die Parteien solidarisch haften würden. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Stundung sei vom Steueramt abgelehnt worden und ihr sei nur eine Ratenzahlung von Fr. 330.– pro Monat erlaubt worden. Es würde dem Grundsatz der solidarischen Haftung bei Steuern widersprechen, wenn nun die Ratenzahlungen, die sie allein übernehmen müsse, nicht angerechnet würden, weshalb der Betrag von monatlich Fr. 330.– zu berücksichtigen sei (Urk. 1 S. 7 Ziff. 6.11).

Wie bereits die Vorinstanz korrekt darlegte, sind laufende Steuern nicht in einer engen Bedarfsrechnung zu berücksichtigen (Urk. 2 S. 13 Ziff. 11). Das Tilgen von Schulden, soweit nicht Kompetenzstücke betroffen sind, sowie allgemein das Zahlen von Steuern gehört gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

nicht zum Lebensunterhalt (BGE 126 III 89 E. 3b). Daran ändert auch der Entscheid betreffend Staats- und Gemeindesteuern 2015 vom 27. April 2017 (Urk. 4/4), welchen die Gesuchstellerin zulässigerweise erst im Berufungsverfahren eingereicht hat (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO), nichts (vgl. BGer 5A_222/2013 vom 12. Juni 2013, E. 2.3, wo das Bundesgericht festhält, dass die Vorinstanz die Vereinbarung mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung hinsichtlich der vereinbarten Schuldentilgung zu Recht nicht berücksichtigt hat). Dementsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz für die Steuern keinen Betrag im Bedarf der Gesuchstellerin berücksichtigt hat. Die Übernahme aufgelaufener, gemeinsamer Steuerschulden durch einen Ehegatten wäre im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung geltend zu machen.

d) Sodann wehrt sich die Gesuchstellerin dagegen, dass ihr der von ihr geltend gemachte Betrag für die Monatsprämie ihrer Lebensversicherung bei der ... nicht angerechnet wurde (Urk. 1 S. 7 Ziff. 7).

Dabei setzt sich die Gesuchstellerin wiederum nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Die Vorinstanz hielt in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fest, dass Prämien für Lebensversicherungen nur im Bedarf zu berücksichtigen sind, soweit die Versicherung an die Stelle der obligatorischen beruflichen Vorsorge tritt, was beispielsweise auf Selbstständigerwerbende zutrifft (BGer 5A_226/2010 vom 14. Juli 2010, E. 8.4; 5C.70/2004 vom 13. Mai 2004, E. 3.3.2). Dazu äussert sich die Gesuchstellerin nicht, sondern macht lediglich geltend, sie sei auf diese Versicherung angewiesen. Sie müsse bei ihrem Gesundheitszustand damit rechnen, dass sie neue Therapien sowie Medikamente benötigen werde, welche die Krankenkasse nicht übernehmen werde. Hierzu reicht sie neu einen ärztlichen Bericht vom 24. März 2017 ein (Urk. 4/5). Zudem dürfe nicht vergessen werden, dass sie auf die Hälfte des Pensionskassenguthabens des Gesuchstellers verzichten müsse, weil sich dieser das ganze Kapital habe auszahlen lassen und sie nun Beiträge an die Lebensversicherung bezahlen müsse, damit sie für ihr Alter besser abgesichert sei (Urk. 1 S. 7 Ziff. 7.1). All diese Ausführungen sind neu und damit unzulässig (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Vor Vorinstanz begründete sie den geltend gemachten Betrag von

Fr. 250.– nicht näher (vgl. Urk. 6/29 S. 4 sowie Prot. I S. 8 und 12). Wie bereits die Vorinstanz korrekt feststellte, liegt aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin kein Grund vor, um von der bundesgerichtlichen Praxis abzuweichen. Die Gesuchstellerin ist nicht selbstständig erwerbend und äufnet im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit ein Vorsorgeguthaben an. Der Umstand, dass der Gesuchsteller sein Vorsorgeguthaben aufgelöst hat, wird beim Vorsorgeausgleich zu berücksichtigen sein (vgl. Art. 122 ff. ZGB).

e) Hinsichtlich des von der Gesuchstellerin für den volljährigen Sohn E._____ im Zusammenhang mit ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege geltend gemachten Bedarfsbetrags im Umfang von Fr. 600.– bis 800.– (Urk. 40 S. 2 Ziff. 2) verwies die Vorinstanz auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Unterhaltspflicht gegenüber dem Ehegatten derjenigen gegenüber einem mündigen Kind vorgeht, weshalb die Unterhaltskosten für das mündige Kind nicht in das (erweiterte) Existenzminimum des unterhaltspflichtigen Ehegatten eingeschlossen werden dürfe (Urk. 2 E. 7.2).

Im Berufungsverfahren bringt die Gesuchstellerin nun vor, der Sohn E._____ benötige sein ganzes Einkommen von monatlich Fr. 2'900.– um seinen Bedarf zu decken, weshalb er der Mutter nichts abgeben könne. Im Gegenteil müsse sie für seine teuren Medikamente aufkommen, die von der Krankenkasse nicht übernommen würden (Urk. 1 S. 8 Ziff. 7.2). Hierzu reicht sie unter Verletzung von Art. 317 Abs. 1 ZPO einen neuen Beleg ein (Urk. 4/6). Wie hoch der ihrer Ansicht nach zu berücksichtigende Beitrag an E._____ für die Begleichung der Medikamente sein soll, beziffert die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren nicht. Auch findet kein entsprechender Betrag Eingang in ihre Bedarfsberechnung (vgl. Urk. 1 S. 8 Ziff. 8; wie auch schon nicht vor Vorinstanz, vgl. Urk. 6/29 S. 4). Folglich ist auch kein solcher zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich weitere Ausführungen zu dieser Position und kann auch offen bleiben, ob die Rechtsprechung gemäss BGE 132 III 209 hinsichtlich des Vorrangs des Ehegattenunterhalts vor Volljährigenunterhalt im Hinblick auf den neuen Art. 276a ZGB weiterhin gilt.

f) Neu macht die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren einen monatlichen Betrag von Fr. 120.– für besondere Spritzen geltend und reicht hierzu eine undatierte und nicht unterzeichnete Patienteninformation ein (Urk. 4/7). Wiederum erklärt sie nicht, weshalb sie diesen Betrag nicht bereits vor Vorinstanz geltend machen konnte (vgl. ihre Bedarfsrechnung in Urk. 6/29 S. 4), weshalb die entsprechenden Ausführungen wie auch Urk. 4/7 unberücksichtigt zu bleiben haben (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Es ist kein entsprechender Betrag anzurechnen.

g) Schliesslich macht die Gesuchstellerin für die Monate September und Oktober 2016 geltend, sie habe in dieser Zeit neben ihrem eigenen Bedarf und den teuren Medikamenten für den Sohn E._____ in zwei Etappen ihre Schulden von total Fr. 6'500.– gegenüber ihrem Bruder und einer Kollegin teilweise abzahlen müssen, was sie bereits vor Vorinstanz belegt habe. Die Schulden habe sie für den Kauf eines Autos aufnehmen müssen (Urk. 1 S. 9 mit Verweis auf Urk. 6/30/4 [recte: 6/29A/4]).

Entgegen ihrer Ansicht hat die Gesuchstellerin die (teilweise) Rückzahlung der geltend gemachten Schulden mit den eingereichten Dokumenten nicht belegt (vgl. Urk. 6/29A/4 bzw. Urk. 4/8). Ohnehin gehen persönliche, nur einen Ehegatten betreffende Schulden gegenüber Dritten der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nach und gehören nicht zum familienrechtlichen Existenzminimum (Maier, Fam-Pra.ch 2014 S. 302, 331). Auch die geltend gemachte Rückzahlung der Schulden ist bei der Bedarfsberechnung der Gesuchstellerin damit nicht zu berücksichtigen.

h) Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die Rügen der Gesuchstellerin hinsichtlich ihres Bedarfs allesamt unbegründet sind. Es bleibt beim von der Vorinstanz berechneten Bedarf der Gesuchstellerin.

3.5 Bedarf des Gesuchstellers

Die Gesuchstellerin stellt in ihrer Berufungsschrift fest, dass der Betrag von Fr. 38.– für die Position Radio/TV-Gebühren wegfallen dürfte (Urk. 1 S. 6 Ziff. 6.2; vor Vorinstanz rechnete sie dem Gesuchsteller diese Position selber noch an [vgl. Urk. 6/29 S. 4]). Weshalb dem so sein soll, wird nicht begründet. Wiederum

kommt die Gesuchstellerin damit aber ihrer Begründungspflicht nicht nach. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Betrag wegfallen sollte. Damit bleibt es beim von der Vorinstanz festgestellten Bedarf des Gesuchstellers. Die Berufung erweist sich auch in diesem Zusammenhang als unbegründet.

3.6 Nicht klar ist, was die Gesuchstellerin mit ihren Ausführungen in ihrer Berufungsschrift auf Seite 4 (1. Absatz) geltend machen will. Wie vorstehend aufgezeigt, ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass der Gesuchsteller seinen Bedarf nicht alleine decken kann. Dass der Gesuchsteller aufgrund der von der Vorinstanz zugesprochenen Unterhaltsbeiträge über dem zuletzt gelebten ehelichen Lebensstandard lebt, macht die Gesuchstellerin nicht geltend. Zu ihren Vorwürfen, er kümmere sich nicht um den kranken Sohn (vgl. Urk. 1 S. 3), sie habe von früheren gemeinsamen Überweisungen auf eine Bank in Lichtenstein nichts erhalten (Urk. 1 S. 4) sowie der Gesuchsteller habe sein Vorsorgeguthaben ohne ihre Einwilligung bezogen (Urk. 6/40 S. 3 Ziff. 4 und Urk. 1 S. 7 Ziff. 7.1), ist der Vollständigkeit halber anzufügen, dass zwar auch während der Ehe die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs als rechtsmissbräuchlich erscheinen und ausgeschlossen sein kann, da wie jeder andere Anspruch auch dieser unter dem Vorbehalt des offenbaren Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB steht (eine Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB entsprechende Bestimmung besteht betreffend die persönlichen Unterhaltsbeiträge während des Getrenntlebens nicht; vgl. zum Ganzen *OGer ZH LE160045 vom 10. 11.2016, E. III/A.2.4*). Ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten wirft die Gesuchstellerin dem Gesuchsteller jedoch nicht oder zumindest nicht substantiiert vor. Sie macht nicht geltend, der Gesuchsteller beantrage in rechtsmissbräuchlicher Weise Unterhaltsbeiträge. Die Frage des Vermögens bzw. das behauptete Verschwinden desselben wird sodann im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu prüfen sein.

3.7 Zusammenfassend erweist sich die Berufung der Gesuchstellerin als offensichtlich unbegründet, ist demgemäss abzuweisen und die vorinstanzliche Verfügung ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2 Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 8 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchstellerin infolge Unterliegens und dem Gesuchsteller mangels eines entsprechenden Antrages (vgl. Urk. 7; BGE 139 III 334 E. 4.3).

4.3 Die Gesuchstellerin stellt auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Da sich ihre Berufung nach dem Gesagten jedoch als aussichtslos erweist, ist ihr Armenrechtsgesuch für das Berufungsverfahren gestützt auf Art. 117 lit. b ZPO abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 25. April 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage der Doppel von Urk. 4/1-9, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.
Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. Juli 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Knoblauch

versandt am:
sf